

Mission AGS / AJMJ

Rapport de René Ricol à Monsieur le Premier Ministre

15 avril 2021

Table des matières

I)	LETTRE DE MISSION	1
II)	SYNTHESE	3
III)	ETAT DES LIEUX.....	6
III-A	Le contexte national et européen : la transposition de la Directive, la simplification du droit des sûretés, l'harmonisation européenne.....	6
III-B	Les dissensions récemment apparues entre l'AGS et les administrateurs judiciaires mandataires judiciaires (AJMJ).....	7
III-C	Enjeux économiques des dissensions.....	8
IV)	ANALYSE DES DISSENSIONS ET PROPOSITIONS DE SOLUTIONS.....	10
IV-A	Les conditions de mise en œuvre de la garantie AGS.....	10
IV-B	Le remboursement des avances de l'AGS	12
IV-C	Le déclassement de l'AGS.....	13
V)	POUR UN MEILLEUR ENCADREMENT DES FRAIS DE PROCEDURES	16
VI)	AUTRES POINTS POUR ATTENTION.....	23
VI-A	Dossiers en liquidation judiciaire au 1 ^{er} février 2021	23
VI-B	Dossiers en litige entre les AJMJ et l'AGS.....	23
VI-C	Contrôle des pratiques professionnelles des AJMJ	23
VI-D	Rôle de l'Etat	24
VI-E	Se préparer à une augmentation de volume des défaillances de TPE PME	24
VI F	Points d'attention	25
ANNEXES	26
1.	EQUIPE INTERVENANT SUR LE DOSSIER	27
2.	REUNION DE LANCEMENT	28
3.	AUDITIONS AVEC L'EQUIPE	29
4.	ENTRETIENS	30
5.	PROPOSITION POUR UNE REFLEXION DE PLACE A OUVRIR.....	32
6.	OBSERVATIONS DU CONSEIL NATIONAL DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES ET MANDATAIRES JUDICIAIRES	34
7.	OBSERVATION DE L'AGS.....	36

I) LETTRE DE MISSION

Les procédures collectives font intervenir sous l'autorité du tribunal de commerce plusieurs acteurs, outre l'entreprise : les administrateurs et mandataires judiciaires, les autres praticiens de la procédure, les créanciers de l'entreprise, qu'ils soient publics (Trésor public, URSSAF) ou privés. Le régime de garantie des salaires (AGS) est le principal créancier institutionnel privé. L'AGS assure, en vertu de la loi, l'avance des créances salariales en mettant à la disposition des administrateurs et mandataires judiciaires les fonds nécessaires pour payer les salaires, avant d'engager, dans le cadre de la procédure collective, un processus de récupération des sommes avancées, avec un superprivilège prévu par la loi. Le régime de garantie des salaires en France, parmi les plus protecteurs en Europe, est un élément essentiel de l'organisation des procédures collectives, auquel le Gouvernement est très attaché.

Les relations entre les administrateurs et mandataires judiciaires et l'AGS se sont dégradées depuis plusieurs mois. L'accord de méthode qui prévalait s'agissant de l'articulation entre les paiements des frais de justice mis à la charge de la procédure et les remboursements de l'AGS, avant le terme de la procédure collective, semble ne plus avoir cours. Sont évoqués aussi des désaccords dans des procédures sur la doctrine d'intervention de l'AGS, en particulier en redressement judiciaire.

Ces incompréhensions se sont manifestées aujourd'hui à l'occasion d'un avant-projet d'ordonnance, destiné à transposer en droit français la directive européenne dite « restructuration et insolvabilité » et à adapter en conséquence le droit des sûretés. Les textes ont été mis en consultation publique pour recueillir les contributions de toutes les parties prenantes.

Compte tenu des interprétations aujourd'hui divergentes du droit actuel sur l'articulation entre les frais de justice mis à la charge de la procédure collective et les remboursements de l'AGS, l'avant-projet de texte a proposé une clarification du droit, en prévoyant une priorité de paiement aux frais de justice occasionnés par la procédure, dans un article dédié du code de commerce précisant les règles de classement de tous les paiements. La rédaction soumise à consultation ne fait pas consensus et pourrait donc être amenée à évoluer dans le futur projet d'ordonnance. Est enfin envisagé un contrôle plus approfondi des frais de justice pesant sur la procédure pour préserver les intérêts des créanciers (dont l'AGS), tout en permettant aux administrateurs et mandataires de justice et autres intervenants de la procédure d'être rémunérés pour faire fonctionner la procédure collective, notamment pour que l'ensemble des opérations nécessaires à la poursuite d'activité, en redressement judiciaire en particulier, et à la réalisation des actifs du débiteur en liquidation judiciaire, puissent être effectuées.

Dans le même temps, le régime de l'AGS indique qu'il est susceptible de faire face à une situation financière dégradée, à taux de cotisation inchangé. L'AGS se plaint parallèlement d'une baisse sous-jacente de l'assiette récupérable sur les actifs de l'entreprise dans les procédures collectives, pour rembourser les avances sur les créances salariales.

Le Gouvernement ne peut accepter qu'une situation de tension entre les acteurs institutionnels des procédures collectives, qui porte préjudice à l'efficacité des procédures collectives, à la prise en charge diligente des salaires, à la préservation des actifs de l'entreprise et à l'emploi, puisse perdurer dans les prochains mois. Le nombre de procédures collectives, en forte baisse en 2020, devrait mécaniquement augmenter en 2021.

Dans ce contexte, je souhaite vous confier une mission de médiation entre les acteurs institutionnels des procédures et de propositions au Gouvernement en vue de la transposition de la directive européenne « restructuration et insolvabilité ». L'objectif de votre mission est le suivant :

- (i) réaliser un état des lieux de la situation actuelle et des évolutions de ces derniers mois, en précisant les circuits financiers pratiqués entre, d'une part, les administrateurs et mandataires judiciaires et, d'autre part, l'AGS, l'évolution à travers le temps des frais de justice et des frais annexes de la procédure et enfin l'application par l'AGS de sa doctrine d'intervention dans les procédures par rapport aux textes législatifs; votre analyse pourra porter plus largement sur les facteurs d'évolution de l'assiette récupérable sur les actifs de l'entreprise dans les procédures collectives ;
- (ii) partager votre diagnostic avec les représentants de l'AGS, des administrateurs et mandataires judiciaires et des autres acteurs de la procédure ; vous pourrez également consulter les partenaires sociaux, certains d'entre eux ayant manifesté récemment leur inquiétude sur le sujet ;
- (iii) proposer au Gouvernement des pistes de solution, d'ordre législatif dans le cadre de l'ordonnance à venir, d'ordre réglementaire s'agissant par exemple de l'encadrement des frais de justice et frais annexes, ou organisationnel pour permettre un fonctionnement efficace des procédures collectives reposant sur une coopération renouvelée entre ses différents acteurs institutionnels.

La transposition de la directive devant être effectuée avant juillet 2021, le rapport devra être remis au plus tard d'ici le 15 avril 2020. Vous bénéficierez du plein concours de services de l'Etat que vous solliciterez dans la conduite de votre mission.

II) SYNTHÈSE

Les tensions récemment apparues entre le régime de garantie des salaires (AGS) et les Administrateurs et Mandataires Judiciaires (AJMJ) sont liées d'une part, au refus de l'AGS, en raison de l'absence de base légale, de reverser en fin de procédure de liquidation judiciaire une partie des fonds reçus en remboursement de ses avances et permettant au mandataire de régler ses propres émoluments et également ceux d'autres acteurs de la procédure, d'autre part, au projet de réforme du droit des sûretés élaboré par le Gouvernement et qui a pour effet, selon l'AGS, de la rétrograder pour la répartition des actifs du débiteur en liquidation judiciaire du 3^{ème} au 6^{ème} rang. Ces points de désaccord se complètent d'une appréciation générale de l'AGS concernant l'explosion des frais de procédure qu'il s'agisse de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Tous les acteurs : Tribunaux de commerce, AGS, Fédération Bancaire Française (FBF), AJMJ, s'accordent sur le fait que dans la très grande majorité des cas les choses se passent bien mais tous reconnaissent qu'il y a des débordements inacceptables liés aux frais de procédures et aux multiples intervenants. Il peut arriver que les frais de procédure dans une conciliation pour une entreprise de taille intermédiaire atteignent plusieurs dizaines de millions d'euros, ce qui évidemment, si l'entreprise se retrouve en redressement judiciaire ou pire en liquidation judiciaire dans les mois ou les années suivantes, obère de manière inacceptable les chances de sauver les emplois et de protéger les créanciers. Des débordements existent aussi pour des dossiers de taille beaucoup plus modeste.

Une solution consensuelle, de court terme, pourrait se trouver autour des neuf axes suivants en se situant à droit constant, compte tenu des délais très contraints pour l'adoption de l'ordonnance, mais introduisant des pratiques de place souhaitées par la très grande majorité des parties prenantes :

Concernant la liquidation judiciaire :

1. Modifier le projet d'article L.643-8 du code de commerce en excluant de la distraction et de l'ordre de paiement les créances garanties par une sûreté avec transfert de cession, réserve de propriété ou garanties par un droit de rétention, qui ne sont pas systématiquement réglées. Il suffit de reprendre l'état actuel du droit et d'indiquer en tête de l'article « *sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure collective* »,
2. Modifier le projet pour le remettre à droit constant concernant les frais de procédure et reprendre en tête de l'article L.643-8 du code de commerce « *sans préjudice également des dispositions de l'article L. 641-13* » qui prévoient notamment le paiement à l'échéance des créances qui sont nées après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, dont font partie les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure. Les sommes dues aux administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires au titre de leur rémunération, des frais et débours, la rémunération des auxiliaires de justice, celle des experts désignés par le tribunal et celle des techniciens désignés par le juge-commissaire sont bien considérées, dans l'usage, comme devant être payées à l'échéance, même si leur règlement, pour les AJMJ, intervient au terme de la procédure. Il en ira de même pour le redressement judiciaire (L. 622-17 du code de commerce)
3. Reprendre, en cas de non-paiement à l'échéance, le droit positif à savoir :
 - Les créances salariales superprivilégiées,
 - Les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture,

Ces « superprivilèges » interviennent comme prévu à l'article L. 643-8 du code de commerce, après la distraction des frais et dépens de la liquidation judiciaire (c'est-à-dire, semble-t-il, des dépenses directement liées à la réalisation des actifs) et des subsides accordés aux débiteurs ou aux dirigeants et à leurs familles.

Concernant les dossiers litigieux en cours ou à venir

4. Il y a déjà un stock de dossiers litigieux entre les AJMJ et l'AGS. Ces désaccords peuvent parfois se faire au détriment de capacités de récupération de fonds au profit des créanciers et notamment de l'AGS. En tout état de cause, cette situation ne peut perdurer et les acteurs doivent se soumettre à une médiation, soit convenue entre eux, soit sous l'autorité des cours d'appel.
5. Pour les procédures à venir, il est légitime que l'AGS dispose de toutes les informations nécessaires au bon exercice de sa mission. Pour autant, l'AGS ne peut refuser, au motif de l'existence de fonds disponibles, sa garantie si ces fonds sont nécessaires pour le déroulement de la procédure, le sauvetage au plus possible des emplois, la défense de l'intérêt des créanciers ; elle peut d'ailleurs être contrôleur de la procédure et d'une manière générale, en cas de désaccord, saisir le juge-commissaire ou le parquet qui peuvent solliciter le magistrat inspecteur régional.

Concernant les procédures d'une manière générale

6. Veiller pour tous les acteurs à la transparence totale des coûts ainsi qu'à une maîtrise de ceux-ci devenue impérative. La FBF dans son comité directeur du 2 avril 2021 a pris une délibération en ce sens, les AJMJ également. Fondamentalement, quelle que soit la procédure il faut que le juge-commissaire ou le président du tribunal, également le parquet, soient informés des prévisions de facturation, de leur dépassement éventuel avec justification et qu'en fin de procédure un état exhaustif soit établi par l'AJMJ ou le mandataire regroupant et détaillant l'ensemble des frais et honoraires de tous les intervenants, la transparence pouvant être étendue à tous les créanciers.
7. La maîtrise des coûts à tous les stades de la procédure nécessite la mise en concurrence, en délais courts, des différents intervenants, et pour les tribunaux de commerce à faire travailler, sur des dossiers sensibles, un plus grand nombre d'AJMJ. D'une manière générale, quelles que soient les compétences incontestables des intervenants qui pratiquent des honoraires élevés, ils ne sont pas les seuls ni uniques compétents. L'appel d'offres, chaque fois qu'il est possible, permettra de réduire les honoraires et d'ouvrir à des compétences nouvelles – avocats, professionnels du chiffre membres ou non de l'Ordre des -experts-comptables, autres conseils. Les banques d'affaires, dont les interventions sont le plus souvent ciblées sur la recherche d'adossements ou de repreneurs, sont moins concernées.

Autres points d'attention

8. Enfin l'Etat, qui peut intervenir dans toutes ces procédures à des titres divers, soit comme prêteur soit comme facilitateur, doit montrer une très grande vigilance en exigeant, comme condition à son intervention, la transparence sur les frais de procédure.
9. Sensibiliser les tribunaux de commerce sur la nécessité de clôturer les dossiers en liquidation au terme de deux ans, en usant de la faculté de désigner un mandataire ad hoc pour suivre les instances en cours.

Cet accord pourrait être complété utilement d'une réflexion pour se préparer à une augmentation des défaillances de TPE/PME en imaginant une procédure de redressement simplifiée.

Une réforme plus globale, à finaliser dans les 18 mois qui viennent, est impérative.

La solution de court terme envisagée ne fait sens qu'à la condition que s'ouvre une réflexion de place, plus globale qui devra permettre une clarification des textes et une modernisation encadrée des pratiques, tant pour les AJMJ que pour tous les intervenants aux différentes procédures.

Sans préjuger de l'issue des travaux, un certain nombre de pistes doivent être explorées :

1. Mettre à plat le coût complet des procédures.
2. Sensibiliser les tribunaux de commerce sur les cas dans lesquels la situation de l'entreprise, dans les faits, relève plus d'un redressement judiciaire que d'une conciliation et prévoir qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective dans un délai de 18 mois après la clôture d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, le tribunal de commerce, après avis du parquet, puisse demander le reversement d'une partie des honoraires perçus par tous les intervenants dans une limite à fixer, mais qui ne saurait être inférieure à 50%.
3. Repenser le barème des émoluments des AJMJ en relevant leurs tranches. Ainsi aujourd'hui, en cas de liquidation judiciaire, au-delà de 7.550.000 € d'actifs cédés, le mandataire de justice est rémunéré aux temps passés ce qui rend le contrôle de ses émoluments plus lourd et plus complexe, voire insuffisamment encadré.
4. Inciter tous les juges concernés des tribunaux de commerce, et des magistrats de la cour d'appel chargés d'arrêter les honoraires des AJMJ hors barème à suivre la formation continue dispensée par l'ENM relative à la taxation.
5. Identifier leur charge de travail et imaginer les conditions dans lesquelles ils pourraient être aidés par des collaborateurs assistants.
6. Simplifier les multiples contrôles dont sont l'objet les AJMJ, hors évidemment les contrôles liés au bon déroulement de la procédure, en mettant en place un organe de contrôle indépendant de leur activité, sur le modèle du H3C.
7. Enfin, repenser les conditions d'intervention de l'AGS et ses droits. L'AGS ne peut en effet être considérée comme un créancier normal car elle joue un rôle essentiel d'amortisseur social en sa qualité d'assureur. Dans ce cadre, repenser la convention AGS / UNEDIC pour former les collaborateurs travaillant pour l'AGS, soit salariés directs, soit salariés mis à disposition, aux techniques de contrôle des procédures.

Les observations reçues sur le rapport du Conseil National des AJMJ d'une part, de l'AGS d'autre part, sont reprises respectivement en annexe 6 et en annexe 7.

III) ETAT DES LIEUX

III-A Le contexte national et européen : la transposition de la directive, la simplification du droit des sûretés, l'harmonisation européenne

Le Gouvernement a été habilité par la loi PACTE (article 196) à transposer les dispositions de la directive « restructuration et insolvabilité » adoptée le 20 juin 2019 par le Parlement européen.

La loi française comporte d'ores et déjà des dispositions qui sont conformes à la directive.

La transposition complètera le dispositif actuel notamment en introduisant les classes de créanciers prévues par la directive et en renforçant les équilibres entre les prérogatives du tribunal, la protection du débiteur et les intérêts des créanciers. La transposition permettra également la mise en cohérence avec les textes existants.

La loi PACTE a aussi habilité le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, des mesures de simplification des sûretés.

En particulier, l'alinéa 14 de l'article 60 de la loi vise les règles relatives aux sûretés dans le cadre des procédures collectives.

Des projets ont été élaborés et soumis à consultation.

Des directives et règlements européens encadrent les procédures collectives. Ces textes portent notamment sur les procédures transfrontalières d'insolvabilité, les restructurations préventives des entreprises en difficulté, l'information et la protection des garanties en faveur des salariés.

Le droit des procédures collectives, hormis certains aspects, n'est pas encore totalement harmonisé au sein de l'Union européenne. A cet égard, le « High Level Forum on the Capital Markets Union » constitué par la Commission Européenne lui recommande, dans son rapport rendu en 2020, d'élaborer pour l'année 2022 une directive d'harmonisation des procédures d'insolvabilité. Cette harmonisation portera entre autres sur le rang des créanciers à la procédure.

La France a mis en place un système très protecteur des salariés, d'une part, en offrant un niveau de garantie plus élevé que dans d'autres pays, et d'autre part, en octroyant un superprivilège à certaines créances salariales. Ce superprivilège est prévu aux articles L.3253-2 et suivants du code du travail.

Enjeux des réformes législatives :

Renforcer l'efficacité des procédures collectives, des restructurations préventives, tout en préservant un équilibre entre la pérennité du système de garantie des salaires en cas de défaillance de l'entreprise, les intérêts des créanciers finançant le redressement de l'entreprise, et la rémunération d'intervenants de qualité permettant de sauver des emplois.

III-B Les dissensions récemment apparues entre l'AGS et les administrateurs judiciaires mandataires judiciaires (AJMJ)

Les relations entre l'AGS, qui fait l'avance des fonds nécessaires pour payer les salaires dans le cadre de procédures collectives, et les AJMJ se sont récemment dégradées. Depuis de nombreuses années¹, s'était établie, d'un commun accord, une pratique consistant à rembourser les avances effectuées par l'AGS au titre des créances salariales superprivilégiées en fonction des fonds disponibles, l'AGS s'engageant à restituer à première demande, le cas échéant, les fonds nécessaires à la couverture des frais de justice et de procédure. Cette pratique est désormais remise en cause par l'AGS qui, constatant des abus, refuse de payer des avances lorsque l'entreprise en difficulté dispose d'une trésorerie disponible au moment de l'ouverture de la procédure collective, et de restituer tout ou partie des fonds reçus.

Cette situation s'accompagne également de controverses autour de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés et de ses dispositions de coordination avec la transposition de la Directive « restructuration et insolvabilité ». Le désaccord porte notamment sur la modification de l'article L.643-8 du code de commerce qui situe les uns par rapport aux autres, les droits des créanciers pour la répartition des actifs du débiteur en liquidation judiciaire.

L'analyse de la situation est complexe du fait de l'absence de classement précis de l'ordre des créanciers, de l'éparpillement des textes entre le code civil, le code de commerce et le code du travail, des difficultés d'interprétation qu'ils soulèvent et que la jurisprudence n'a pas toujours résolues ainsi que des pratiques peu connues et probablement hétérogènes.

1) Position de l'AGS

L'AGS considère que l'avant-projet rétrograde le superprivilège des salaires au profit des frais de justice.

Elle invoque également que le nouvel agencement de l'article L.643-8 du code de commerce intègre dans le paiement par distraction, des créances garanties par une sûreté assortie d'un transfert, d'une cession, d'une réserve ou d'une retenue de propriété et des créances garanties par un droit de rétention, et la positionne derrière les subsides et les frais de justice dans l'ordre des paiements.

Actuellement, elle figure avant les frais de justice dans l'ordre de paiement des créances, que ce soit dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (article L. 622-17 du code de commerce), ou bien en période de liquidation judiciaire (article L. 641-13 du même code).

Elle estime que le classement proposé par la réforme la rétrograderait de la 3ème à la 6ème place.

Cette rétrogradation, conjuguée à une restriction de l'assiette à recouvrer en raison de la réforme des sûretés menée parallèlement, diminuera, selon elle, le montant des récupérations des sommes avancées.

Par ailleurs, cet avant-projet lui ôtera, toujours selon elle, la possibilité de se faire payer sur les premiers fonds disponibles puisque le paiement, conformément à l'ordre des paiements prévu ne pourra intervenir qu'après paiements des créances de rangs supérieurs, qui elles-mêmes ne pourront être payées qu'à la clôture de la liquidation judiciaire, lors des opérations de répartition.

¹. Le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires a indiqué que cette pratique s'est instaurée en 2009

2) Position de la Chancellerie

Les rédacteurs du texte contestent cette interprétation qui ne tient pas compte de la pratique actuelle de paiement des créanciers au cours d'une procédure collective et de la distribution des actifs réalisés.

Tout d'abord, les frais de justice sont actuellement payés à échéance lorsqu'existent des fonds disponibles et par distraction lorsque les créances ne peuvent être réglées à l'échéance. Ils sont d'ores et déjà considérés comme prioritaires dans cette hypothèse par rapport à la récupération des créances salariales superprivilégiées.

Quant aux sûretés-propiétés, leur nouveau rang ne ferait que consacrer la priorité qui leur est attachée.

3) Position du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires (CNAJMJ).

Les AJMJ justifient leur priorité en arguant qu'ils ne sont pas des créanciers de la procédure qui viendraient en concurrence avec les autres créanciers, mais qu'ils sont organes de la procédure et que sans leur intervention, aucune réalisation des actifs, ni répartition des paiements ne seraient possibles. Les AJMJ s'appuient sur deux arguments d'ordre textuel : le paiement par distraction prévu par l'actuel article L. 643-8 du code de commerce relatif aux frais et dépens de la liquidation judiciaire et le paiement à échéance des créances postérieures au jugement d'ouverture nécessaires au déroulement de la procédure prévu par les articles L. 622-17 et L. 641-13 du même code.

III-C Enjeux économiques des dissensions

La dégradation des relations entre les acteurs institutionnels des procédures collectives peut, **si elle perdure et se développe**, porter préjudice à l'efficacité de ces procédures, à la prise en charge diligente des salaires et à la préservation des actifs de l'entreprise et à l'emploi.

Institué par une loi du 27 décembre 1973, le système de garantie AGS est devenu, outre un amortisseur social, un acteur du financement des entreprises en période de redressement.

L'AGS garantit le paiement des salaires antérieurs à l'ouverture de la procédure, des indemnités de licenciement, des indemnités diverses telles que les indemnités de préavis, de congés payés. Les garanties par l'AGS varient selon la phase de la procédure qui est enclenchée (sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire) et sont soumises à des plafonds mensuels et des plafonds annuels. La particularité du système, qui le distingue, d'une assurance au sens strict, est la perspective de récupération des sommes avancées.

Grâce à une collaboration entre les AJMJ et l'AGS, le système de garantie des rémunérations des salariés a permis, jusqu'à présent, de verser à très brefs délais les créances salariales et en particulier celles bénéficiant du superprivilège.

L'AGS soutient que son équilibre financier va être compromis puisque le taux de recouvrement des avances est fonction du rang dont elle bénéficie en sa qualité de subrogée dans les droits des salariés.

Reprenant les données financières produites dans son dernier rapport annuel, il ressort qu'elle est financée par des cotisations obligatoires (0,15% de la masse salariale à ce jour) qui représentent **850 millions** d'euros par an. En 2019, le montant de ses avances représentait un montant de **1,5 milliard d'euros**. Elle a récupéré **530 millions d'euros**.

L'AGS fait état, pour 2019, :

- d'une diminution du nombre des affaires ouvertes (-8,4%) ;
- du maintien toutefois du montant de ses avances (1,5 milliard) dû à la hausse du montant moyen avancé par bénéficiaire et du nombre d'interventions au profit de procédures à fort effectif salarial ;
- d'une captation de 16% des avances dans les dossiers de plus de 200 salariés contre 11% en 2018 ;
- d'un décrochage significatif (13%) du montant des récupérations dont le taux de couverture des avances chute à 36% et perd 5 points par rapport à 2018.

Plus des trois quarts des récupérations ont pour origine des avances superprivilégiées (76,4%). Au 31 décembre 2019, 30% du montant avancé dans les affaires relatives à des procédures ouvertes depuis le 1^{er} janvier 2010 était recouvré. Ce taux de récupération varie fortement selon le rang de créance attaché aux avances effectuées. Un euro avancé à titre superprivilégié a notamment des perspectives de remboursement 20 fois supérieures à un euro versé à titre chirographaire.

Le CNAJMJ a, quant à lui, rappelé son attachement très fort à la pérennité du système de garantie des salaires qui est un amortisseur social essentiel pour le bon fonctionnement des procédures collectives. Le CNAJMJ adhère au principe suivant lequel la réforme en cours du droit des sûretés doit se faire à droit constant, sans dégradation des droits de quiconque, et notamment pas le superprivilege des salariés, le paiement à l'échéance des dettes nées après l'ouverture de la procédure ni le rang de créancier dont bénéficie aujourd'hui l'AGS (courrier du CNAJMJ du 25 mars 2021).

Toutefois, si la protection des créances salariales constitue un enjeu majeur dans le dispositif français, l'efficacité des procédures collectives doit aussi être un objectif essentiel. C'est dans ce sens que les directives européennes s'orientent.

Le redressement des entreprises repose sur le recours aux procédures préventives, le respect de l'équilibre entre les intérêts du débiteur et des créanciers, la protection des financements nouveaux, la réduction des coûts des procédures, l'intervention de praticiens qualifiés, pour lesquels il faut noter que hors l'année 2020, en moyenne, un peu plus de la moitié des dossiers qu'ils traitent sont « impécunieux » (ils reçoivent un forfait de 1.500 € prélevé sur les intérêts des fonds tiers déposés sur les comptes réglementés de la Caisse des Dépôts et Consignation étant observé que le taux de ces intérêts va être réduit drastiquement).

Un double enjeu : préserver la garantie de l'AGS et conforter le rôle des AJMJ et des praticiens de la procédure collective.

IV) ANALYSE DES DISSENSIONS ET PROPOSITIONS DE SOLUTIONS

IV-A Les conditions de mise en œuvre de la garantie AGS

Le CNAJMJ a relevé plusieurs difficultés rencontrées avec l'AGS dans la mise en œuvre de sa garantie. Selon le CNAJMJ, l'AGS soulève parfois le fait que l'entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire disposant néanmoins d'une trésorerie positive ne devrait faire appel à l'AGS qu'à titre subsidiaire, lorsque cette trésorerie n'a pas été suffisante pour régler les créances salariales.

Le CNAJMJ considère que le droit existant ne permettrait pas à l'AGS de refuser la mise en œuvre de sa garantie au seul motif que la trésorerie de l'entreprise est positive au moment où l'appel en garantie est réalisé.

Le cadre légal est fixé notamment par l'article L. 3253-20 du code du travail qui précise² :

« Si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus par l'article L. 3253-19, le mandataire judiciaire demande, sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires aux institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14. (AGS).

Dans le cas d'une procédure de sauvegarde, le mandataire judiciaire justifie à ces institutions, lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée. Ces institutions peuvent contester, dans un délai déterminé par décret en Conseil d'Etat, la réalité de cette insuffisance devant le juge-commissaire. Dans ce cas, l'avance des fonds est soumise à l'autorisation du juge-commissaire. »

Il y a donc lieu de distinguer suivant que le tribunal de commerce ou le tribunal judiciaire aura ouvert une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (A) ou une procédure de sauvegarde (B), puis d'émettre des préconisations (C).

A. L'intervention de l'AGS dans le cas d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire

Dans le cas du redressement ou de la liquidation judiciaire, l'état de cessation des paiements³ de l'entreprise aura été constaté au préalable par le tribunal lors du jugement d'ouverture. Il s'agit d'un principe cardinal, sans cessation des paiements, il ne peut y avoir de redressement ou de liquidation judiciaire. La reconnaissance de cet état de cessation des paiements par la juridiction emportera plusieurs conséquences juridiques. S'agissant des créances salariales, si elles ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles, le mandataire judiciaire demandera, sur présentation des relevés de créances salariales, l'avance des fonds nécessaires à l'AGS.

Dans ce cas, la loi semble conférer uniquement au mandataire judiciaire la capacité d'estimer s'il existe des fonds disponibles pour le paiement des créances salariales puisque sa seule obligation est de présenter un relevé des créances salariales à l'AGS, visé par le juge-commissaire⁴.

² Cf également l'article L143-11-7 du Code du Travail et l'article L3253-8 du Code du Travail.

³ Article L. 631-1 du Code de Commerce pour le redressement judiciaire et L. 640-1 du Code de Commerce pour la liquidation judiciaire. La cessation des paiements est établie lorsque l'entreprise est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, ce qui signifie qu'elle ne parvient plus à régler ses dettes (salariés, fournisseurs, Trésor public, cotisations de sécurité sociale...) et que les créanciers réclament le paiement de leurs créances immédiatement.

⁴ Article L. 625-1 du Code de Commerce.

B. L'intervention de l'AGS dans le cas de d'une sauvegarde judiciaire

La procédure de sauvegarde est ouverte aux entreprises rencontrant des difficultés financières mais qui ne sont pas en cessation de paiement⁵ ; seul le débiteur peut solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Dans le cadre de cette procédure, le mandataire judiciaire doit justifier à l'AGS, lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée. Cette différence de régime avec le redressement et la liquidation judiciaire s'explique par le fait que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. Les salariés sont des créanciers de l'entreprise et doivent donc pouvoir être réglés grâce à la trésorerie de l'entreprise.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'AGS interviendra sur demande motivée du mandataire judiciaire qui devra démontrer que l'insuffisance de la trésorerie de l'entreprise ne lui permet pas de régler les salariés.

L'AGS dispose donc logiquement d'un droit de regard, conféré par la loi, sur la réalité de l'absence de fonds disponibles et même d'une voie de recours puisqu'il est prévu qu'elle peut contester la réalité de cette insuffisance de fonds disponibles devant le juge-commissaire. Ce sera alors ce magistrat qui statuera sur la légitimité de la demande d'avance de fonds présentée par le mandataire à l'AGS.

C. Proposition de solution

Dans le cadre du droit existant

L'AGS souhaiterait aligner le cadre prévu pour la sauvegarde sur le redressement et la liquidation judiciaire : c'est-à-dire exiger du mandataire de justifier d'une insuffisance caractérisée des fonds disponibles et ériger le juge-commissaire en arbitre y compris dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Si la demande d'avances auprès de l'AGS est effectuée à l'ouverture de la procédure collective, le contrôle de la réalité de l'état de cessation des paiements a déjà été réalisé en amont par le tribunal, évidemment la situation peut évoluer en cours de procédure. Le mandataire appréciera l'état de la trésorerie de l'entreprise et des fonds disponibles, pour faire, le cas échéant, appel à l'AGS.

L'AGS est une institution de garantie du paiement des salariés dont la légitimité et le rôle social sont prépondérants dans le droit des entreprises en difficultés. A ce titre, il est normal qu'elle soit vigilante, pour préserver sa pérennité, sur les conditions dans lesquelles elle intervient dans les procédures.

Le cadre légal pour remplir cette mission de contrôle de la procédure est déjà défini par l'article L. 621-11 du code de commerce qui dispose que « *Les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire. Ils sont tenus à la confidentialité. Les fonctions de contrôleur sont gratuites.* »

Le rôle des contrôleurs est donc d'assister le mandataire et le juge-commissaire dans une mission d'intérêt général à l'égard des créanciers et de l'ensemble de la procédure.

L'AGS peut donc se fonder sur cet article pour contrôler les procédures collectives qu'elle aura sélectionnées, ce qu'elle fait déjà en pratique notamment pour les entreprises de plus de 50 salariés. En

⁵ Article L. 620-1 du Code de Commerce.

tant que contrôleur elle pourra, le cas échéant, signaler toute irrégularité procédurale ou comptable au juge-commissaire, au tribunal ou au ministère public. Elle peut élargir son spectre d'interventions chaque fois que cela lui paraîtrait nécessaire.

Il est essentiel que les AJMJ communiquent tous les éléments nécessaires sans discussion et sans délai.

PRECONISATION :

Dans le cadre du droit existant, si l'AGS considère ne pas avoir accès aux éléments auxquels elle a droit, notamment, mais pas seulement, quand elle est contrôleur de la procédure, elle doit saisir le juge-commissaire et/ou le parquet qui peuvent intervenir pour régler le problème. Ils peuvent également solliciter une inspection du magistrat inspecteur régional (MIR) si les faits leur paraissent d'une particulière gravité.

Dans le cadre de la réflexion de place à venir, on peut imaginer l'intervention d'un contrôle du juge-commissaire (Annexe 5)

IV-B Le remboursement des avances de l'AGS

Dans le cas où l'AGS a accepté de verser les fonds au titre de son appel en garantie, la question se pose ensuite de savoir si l'administrateur judiciaire doit procéder au remboursement des avances de l'AGS sur les premières rentrées de fonds intervenues après le jugement d'ouverture.

L'article L. 625-8 du code de commerce prévoit que le débiteur ou l'administrateur doit, avec l'autorisation du juge-commissaire et dans la mesure des fonds disponibles, verser immédiatement aux salariés, à titre provisionnel, une somme égale à un mois de salaire impayé, sur la base du dernier bulletin de salaire et dans la limite du plafond établi. A défaut de disponibilités, les sommes dues doivent être acquittées « sur les premières rentrées de fonds ».

L'AGS, lorsqu'elle a fait l'avance de ces fonds, une fois subrogée dans les droits des salariés, considère qu'elle peut réclamer à son profit, sur les premières rentrées de fonds, le remboursement des sommes avancées sur le fondement de cet article. Cependant, le caractère systématique de cette faculté est contesté par le CNAJMJ dans la mesure où les AJMJ peuvent avoir besoin de ces fonds pour notamment assurer la continuité de l'entreprise en redressement judiciaire ou financer la période d'observation en redressement judiciaire.

PRECONISATION :

D'ores et déjà, les règles professionnelles établies par le CNAJMJ indiquent que le professionnel, dès qu'il en a la possibilité et à tout moment de la procédure, doit procéder à des répartitions de fonds au moins partielles. Là encore, en cas de litige, l'AGS peut saisir le juge-commissaire ou le parquet qui peuvent intervenir, voire solliciter une inspection du MIR.

IV-C Le déclassement de l'AGS

L'avant-projet propose de manière explicite un ordre de désintéressement des créanciers. Ces nouvelles dispositions entraîneront, si elles sont définitivement retenues, une modification coordonnée des articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce.

Le nouvel article L. 643-8 du code de commerce prévoit tout d'abord, sans préciser un ordre de paiement, une distraction au profit :

- des frais et dépens de la liquidation judiciaire ;
- **des créances garanties par une sûreté avec transfert ou cession ou réserve ou retenue de propriété ;**
- **des créances garanties par un droit de rétention.**

Sont ensuite énumérées et classées 16 catégories de créance, après désintéressement des trois sortes de créanciers ci-dessus.

Les premières catégories de cette énumération sont :

- 1° les subsides accordées aux dirigeants et à leurs familles ;
- **2° Lorsqu'ils sont nés régulièrement après le jugement d'ouverture « les frais de bon déroulement de la procédure » (dépens de la procédure, sommes dues aux AJMJ, rémunérations des auxiliaires de justice, des experts désignés par le Tribunal et des techniciens désignés par le juge-commissaire).**
- **3° les créances garanties par le superprivilège des salaires ;**
- 4° les sommes dues aux producteurs agricoles ;
- 5° les créances garanties par « le privilège de conciliation ».

Le projet de rédaction, qui s'inspire de l'actuel article L. 641-13 du code de commerce, n'intègre pas les AJMJ dans la catégorie des frais et dépens de la liquidation, mais les place clairement avant l'AGS.

En conséquence, formellement, l'AGS figurerait dorénavant en 6ème position.

Cette rédaction appelle les observations qui suivent :

- A) S'agissant des « *frais et dépens de la liquidation judiciaire* », les dispositions actuelles du 1^{er} alinéa de l'article L. 643-8 du code de commerce prévoient d'ores et déjà leur paiement par distraction. Toutefois, cette catégorie de frais n'est pas définie. Elle semble se limiter aux frais et dépens liés aux biens réalisés et être différente de celle des « *frais de justice* » postérieurs mentionnés par l'article L. 641-13⁶ du même code, ce qui est corroboré par le projet de texte qui définit, au 2° du II, ces frais en y incluant notamment les sommes dues aux AJMJ, la rémunération des auxiliaires de justice, la rémunération des experts et des techniciens désignés par la juridiction.

⁶ Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-17.997 et 13-18.112 : « Les dispositions de l'article L. 643-8, alinéa 1er, du code de commerce, prévoyant la distraction des frais et dépens de la liquidation judiciaire avant distribution du montant de l'actif, n'autorisent pas le prélèvement prioritaire de l'ensemble des frais de justice sur le prix de vente d'un immeuble hypothéqué en méconnaissance du classement des créances organisé, en cas de liquidation judiciaire, par l'article L. 641-13, II et III, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 ».

Cet arrêt a été rendu à propos de l'article L. 641-13 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés. Selon le rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance, l'article L. 641-13 du Code de Commerce a été modifié afin, d'une part, de simplifier le régime applicable aux créances nées postérieurement au jugement de liquidation judiciaire en réintégrant parmi les créances privilégiées celles qui sont nées en raison d'une prestation fournie au débiteur personne physique pour ses besoins personnels, d'autre part, de clarifier le rang du privilège bénéficiant aux frais de justice.

- B) S'agissant des sûretés qui organisent des transferts, réserves, cessions, retenues de propriété, elles bénéficient de priorités dues à l'exercice du droit qui est attaché aux créances. La nouvelle rédaction proposée induit un paiement systématique de la créance de manière prioritaire sur les AGS, ce qui n'est pas forcément le cas aujourd'hui. En effet, ces sûretés ayant chacune des régimes propres, peuvent faire l'objet d'une appréciation de l'opportunité de conserver les biens faisant l'objet de ces garanties et peuvent faire l'objet d'autorisations de paiement sachant alors qu'un tel choix relève du juge-commissaire dans les conditions des articles L. 622-7, II et L. 641-13 du code de commerce.
- C) S'agissant de l'ordre des paiements après distraction, similaire en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires (à l'exception des droits de rétention), la réforme rétrograderait l'AGS derrière les frais de justice.

Il ressort de ces éléments que le droit de récupération de l'AGS s'exercera, d'une part, après les sûretés bénéficiant de transferts, cessions, réserves et retenues de propriétés, et d'autre part, après les frais de justice qui incluent les rémunérations des AJMJ, les frais des auxiliaires de justice, des experts et des techniciens appelés à la procédure.

L'AGS est fondée à estimer que son rang dans la récupération est rétrogradé dans l'avant-projet de texte.

Toutefois, la portée du déclassement doit être relativisée.

Dans leur rédaction actuelle, les articles L. 622-17 (sauvegarde et redressement judiciaire) et L. 641-13 du code de commerce (liquidation judiciaire) disposent, en leurs parties I, que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture « *pour les besoins du déroulement de la procédure* » ou de la période d'observation ou « *en contrepartie d'une prestation fournie* » au débiteur **sont payées à leur échéance**.

Cette hypothèse prévaut lorsque l'entreprise est en capacité, notamment lors de la période d'observation, ou temporairement lors d'une phase de liquidation judiciaire, de régler les créanciers postérieurs.

Dans ce cas, la récupération du superprivilège des salaires cède devant ce paiement à l'échéance des créances dont font partie les émoluments et honoraires des AJMJ et ceux des intervenants à la procédure, même si, sauf acomptes, les émoluments et honoraires des AJMJ interviennent à la clôture.

Ce n'est que dans la seconde hypothèse où ces créances **ne sont pas payées à leur échéance** que les articles L. 622-17, II et L. 641-13, II du code de commerce énoncent, suivant l'interprétation dominante, leur paiement privilégié mais après le superprivilège des salaires. (cf. En ce sens réponse du ministre de la Justice à une question écrite n° 69386 du 24 mai 2016)

Ensuite, l'argument du CNAJMJ selon lequel les honoraires des AJMJ qui n'ont pas été payés à l'échéance doivent l'être par « *distraction à titre de frais et dépens de la liquidation judiciaire* », et priment par conséquent sur le superprivilège des salaires, clarifierait certainement les choses, mais en droit constant, cette position n'est pas actée. Pour autant, la reconnaissance qu'ils doivent être payés à l'échéance future en fin de procédure leur confère un droit quasi équivalent.

Un autre élément limite la portée du classement du superprivilège. En effet, dans le cadre des articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce, les créances dites postérieures correspondent :

- aux dépenses effectuées par l'entreprise en difficulté pour lui permettre de continuer son activité : achats de marchandises, loyers, impôts et taxes etc.

- aux frais de justice et de procédure nécessaires au bon déroulement de la procédure collective : honoraires des greffiers, des AJMJ, des experts, auxiliaires de justice et autres professionnels dont le concours peut s'avérer nécessaire à ce déroulement.

Or, aux termes du projet d'article L. 643-8 nouveau du code de commerce les créances dites postérieures, qui primeraient le superprivilège, seraient limitées :

- « aux dépens de la procédure et sommes dues aux AJMJ au titre de leur rémunération frais et débours,
- à la rémunération des auxiliaires de justice,
- à la rémunération des experts désignés par le tribunal et celle des techniciens désignés par le juge-commissaire ».

Les autres créances dites postérieures figureraient dans des rangs postérieurs après le superprivilège et d'autres créances.

Le déclassement de l'AGS doit être relativisé : sa récupération intervient, en pratique, après le paiement des frais de justice réglés à échéance ; c'est-à-dire après le paiement des émoluments et honoraires des AJMJ sauf dossiers impécunieux.

PRECONISATION :

Revenir au droit constant, dans la proposition de rédaction de l'article L. 643-8 du code de commerce au vu de l'avant-projet de la DACS soumis à consultation qui ne modifie que cet article (NB : les modifications sont en rouge).

1. Exclure de la distraction et de l'ordre de paiement les créances garanties par une sûreté avec transfert de cession, réserve de propriété ou garanties par un droit de rétention qui ne sont pas systématiquement réglées. Il suffit de reprendre l'état actuel du droit et d'indiquer en tête du nouvel article L. 643-8 « *sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure collective* » ;
2. Remettre le projet à droit constant concernant les frais de procédure et reprendre en tête de l'article L.643-8 « *sans préjudice également des dispositions de l'article L.641-13 qui prévoient le paiement des créances qui sont nées après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire* », dont font partie les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure. Les sommes dues aux AJMJ au titre de leur rémunération, des frais et débours, la rémunération des auxiliaires de justice, celle des experts désignés par le tribunal et celle des techniciens désignés par le juge-commissaire sont bien considérées comme devant être payées à l'échéance, même si leur règlement, pour les AJMJ, intervient au terme de la procédure. Il en ira de même pour le redressement judiciaire (L.622-17 du code de commerce)

Reprendre, en cas de non-paiement à l'échéance, le droit positif :

- Les créances salariales superprivilégiées,
- Les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture,
- le privilège de conciliation.

Ces « superprivilèges » interviennent comme prévu à l'article L. 643-8 du code de commerce après la distraction des frais et dépens de la liquidation judiciaire (c'est-à-dire, semble-t-il, des dépenses directement liées à la réalisation des actifs) et des subsides accordés aux débiteurs ou aux dirigeants et à leurs familles.

V) POUR UN MEILLEUR ENCADREMENT DES FRAIS DE PROCEDURES

L'AGS a également et à juste titre mis l'accent sur le manque de transparence des frais de justice et des frais de procédures et parfois leur caractère excessif. Les frais de justice recouvrent non seulement la rémunération des mandataires judiciaires et des administrateurs judiciaires, mais également tous les frais de procédure engagés par l'entreprise ou à l'initiative des créanciers pour payer les services d'avocats, d'auditeurs financiers et comptables qui ne sont pas tous membres de l'Ordre des experts-comptables, de banquiers d'affaires et d'autres intervenants encore.

Deux phénomènes accroissent de manière substantielle le coût d'une procédure :

- tout d'abord la succession des mécanismes préventifs de restructurations (cf. directive et loi nationale -mandat ad hoc, conciliation) et de la procédure collective, ce qui a pour conséquence de faire intervenir en amont de manière lourde et moins contrôlée les AJMJ ou d'autres intervenants choisis en dehors de la profession et des cabinets de conseils, sans pour autant que le tribunal ait une visibilité sur l'ensemble de ces honoraires ;
- ensuite, le recours, au cours de la procédure, à des intervenants multiples, à la demande des créanciers et à leur discrétion, pour effectuer des analyses ou des études, aider à la mise en état d'un dossier de financement, ou encore réaliser des revues documentaires. Ces interventions engendrent des frais importants qui sont parfois agrégés à la créance déclarée et sur lesquelles aucun véritable contrôle n'existe.

En effet, seul est prévu un contrôle de la rémunération des AJMJ, des mandataires et des conciliateurs. Celui-ci ne porte pas sur les frais de conseils ou d'intervenants à la demande des créanciers. Par ailleurs, le contrôle de taxation ne s'exerce pas dans les faits de manière pleine et entière. Cela est dû, parfois à l'incomplétude des textes, parfois à l'opacité des pièces justificatives, ou encore à un manque de transparence, ou à une pratique de contrôle a minima par l'ensemble des acteurs concourant à la procédure, y compris des acteurs judiciaires.

De plus existe aujourd'hui un déficit de connaissance des résultats à moyen terme et à long terme des modes préventifs de redressement des entreprises en difficulté et des coûts engendrés par l'enchaînement de ces procédures préventives et des procédures de redressement judiciaire.

L'article 27 de la Directive UE 2019/1023 du 20 juin 2019 dispose dans son quatrième paragraphe :

4. Les États membres veillent à ce que la rémunération des praticiens soit régie par des règles cohérentes avec l'objectif d'un aboutissement efficace des procédures. Les États membres veillent à ce que des procédures appropriées soient en place afin de résoudre tout litige concernant la rémunération.

La chancellerie mentionne dans ses propositions que la transposition de l'article 27 « impose une vigilance particulière, s'agissant en particulier de la rémunération des AJMJ qui devra être réformée en s'assurant que cette rémunération soit régie par des règles cohérentes avec l'objectif d'un aboutissement efficace des procédures ».

Le rapport de la mission justice économique (rapport RICHELME) rendu au mois de février 2021 aborde ce point dans ses recommandations. L'une de ses recommandations est la suivante :

« faciliter l'accès aux procédures amiables en agissant sur leurs charges financières. »

Le rapport relève le coût dissuasif des honoraires pour les petites structures et le non-respect parfois des dispositions de l'article L.611-16 du code de commerce (qui limite à 75% des honoraires le montant qui peut être laissé à la charge de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de conciliation)

La maîtrise de l'ensemble de ces frais est un enjeu financier puisque ces frais vont nécessairement venir grever l'actif disponible notamment pour le désintéressement des créanciers. Il s'agit aussi d'un enjeu éthique, encore plus prégnant en période de crise économique, l'entreprise en difficulté ne devant pas être la source de rémunérations disproportionnées pour les différents intervenants alors même que les salariés de l'entreprise débitrice se verront parfois soumis à des mesures de licenciement ou de modération salariale ou que certains créanciers chirographaires ou mal classés - parfois des TPE, PME ou ETI ne disposant pas forcément de trésorerie pour payer un avocat - auront les plus grandes difficultés à obtenir le paiement de leurs créances. Des frais disproportionnés sont par ailleurs de nature à obérer la consolidation de l'éventuel rebond de l'entreprise en diminuant sa trésorerie, son crédit, ses capacités d'investissement ou de recrutement.

La Fédération Bancaire Française a fait l'observation suivante concernant l'article L.643-8 du code de commerce adressée à la Chancellerie : « *la maîtrise des frais d'avocats et d'expertise est importante peut-être pourrions-nous à minima évoquer un montant raisonnable pour les honoraires des avocats et expertises ?* ». Il pourrait être utile que soit présenté, au moment de l'ouverture de la procédure, un devis qui devrait être validé par le juge-commissaire... Il faut par ailleurs que les créanciers soient informés de ces frais... il est primordial que les frais de conseils soient strictement encadrés dans les procédures collectives (à l'ouverture de la procédure tout comme en période d'observation) afin d'éviter tout recours systématique à des conseils ou praticiens lorsque cela n'est pas indispensable et pour effectuer les prestations qui relèvent de la mission même des mandataires désignés... L'encadrement et la transparence vis-à-vis de créanciers permettra d'éviter tous frais exorbitants.

Le comité exécutif de la Fédération Bancaire Française a, dans le cadre de la présente mission, précisé sa position en ce qui concerne les banques :

« La profession bancaire réaffirme son attachement, dans une optique de maîtrise des frais qui y sont associés, à ce que les demandes d'intervention de prestataires tiers (professions du chiffre, auditeurs, évaluateurs, avocats et autres conseils) formulées, le cas échéant, par les banques en leur qualité de créanciers ou par toute autre partie prenante dans le cadre de procédures collectives amiables et contentieuses, fassent l'objet: (i) d'une appréciation rigoureuse, et (ii) aussi souvent que possible, d'une mise en concurrence et d'un devis préalable » .

Le CNAJMJ a également fait des propositions indiquant à la mission que « *de façon générale, les professionnels, qu'ils soient administrateur ou mandataire judiciaire, avocats, conseils financiers, banques d'affaires ou autres, doivent viser à pratiquer des honoraires cohérents au regard des enjeux des dossiers, de la complexité des négociations, de la valeur ajoutée apportée par chacun et de la surface financière des entreprises concernées* ».

Le CNAJMJ a également formulé son vœu de voir conclure une convention de place, projet repris *in extenso* ci-dessous :

« Pour concourir aux procédures de prévention, les banques doivent garder la faculté :

- *de recourir, ou non, à des conseils juridiques, financiers, stratégiques, ... à l'occasion de ces procédures*
- *et du choix de ces conseils.*

Elles rappellent régulièrement que la prise en charge des frais et honoraires de leurs conseils se fait sans difficulté pour la mise en place de leurs financements, et qu'elle est contractuellement prévue dans les conventions de crédit.

Cette pratique mérite néanmoins d'être mieux encadrée, ce qui pourrait être le cas dans le cadre d'une convention de place, à laquelle le CNAJMJ pourrait utilement être partie, prévoyant des principes directeurs suivants.

1. Principes directeurs applicables à la rémunération des conseils des banques

Lorsqu'elles envisagent de solliciter l'intervention d'un conseil, les banques devraient s'engager à solliciter plusieurs devis. Une fois le conseil choisi, elles devraient s'engager à obtenir de leur part une convention d'honoraires, à destination de l'entreprise et portée à la connaissance du mandataire ad hoc / conciliateur, prévoyant au minimum :

- *Le périmètre de la mission.*
- *Le nom du responsable de mission et la composition de l'équipe dédiée. Toute évolution à la hausse de la composition de l'équipe devrait être portée à la connaissance de l'entreprise, des banques prescriptrices, et du mandataire ad hoc / conciliateur.*
- *Les modalités de fixation de la rémunération du conseil, incluant un budget prévisionnel. S'il advenait qu'en cours de mission, ce budget prévisionnel devait être dépassé, il appartiendrait au conseil d'en informer sans délai l'entreprise, les banques prescriptrices et le mandataire ad hoc / conciliateur, et de leur transmettre un nouvel estimé.*
- *Un arrêté mensuel des honoraires encourus, transmis à l'entreprise, aux banques prescriptrices, et au mandataire ad hoc / conciliateur.*

2. Cas particulier des conseils juridiques intervenant à la demande des banques

Dans la plupart des groupes bancaires français, les conseils juridiques font l'objet d'un processus de « panellisation » c'est-à-dire de l'établissement par la Direction Juridique d'une liste de cabinets répondant à certains critères.

Cette « panellisation » s'accompagne de la conclusion d'une convention ayant pour objet les honoraires du cabinet dans ses relations avec la banque concernée. Les banques devraient s'assurer que les tarifs négociés dans le cadre de la « panellisation » soient appliqués, quand bien même les honoraires sont mis à la charge du débiteur.

En cas de difficulté, le bâtonnier devrait pouvoir être saisi par l'entreprise. Une procédure ad hoc devrait être instituée pour ce faire, notamment pour surmonter les difficultés pratiques liées au secret professionnel et à l'entité devant être facturée. »

Cette proposition rejoint le souhait exprimé par la FBF mais doit évidemment s'appliquer dans son principe à tous les intervenants avocats ou non, également aux conseils choisis par le débiteur parfois sur les conseils de l'administrateur judiciaire, également aux AJMJ eux-mêmes.

A. Procédures préventives

L'AGS n'intervient pas dans le cadre des procédures de mandat ad hoc et de conciliation. En revanche ces procédures peuvent parfois être le prélude à une ouverture de procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire pour lesquelles elle pourrait être ensuite appelée en garantie.

A ce titre, l'AGS a légitimement intérêt à une meilleure transparence et à un meilleur encadrement des frais engendrés par ces procédures puisque ceux-ci viendront affecter la trésorerie de l'entreprise en difficulté avant l'ouverture de la procédure collective.

L'article [L. 611-14](#) du code de commerce prévoit déjà un encadrement des frais engendrés par un mandat ad hoc ou une conciliation :

« Après avoir recueilli l'accord du débiteur et, en cas de recours à la conciliation et au mandat à l'exécution de l'accord, l'avis du ministère public dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, le président du tribunal fixe, au moment de leur désignation, les conditions de la rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur, du mandataire à l'exécution de l'accord et, le cas échéant, de l'expert, en fonction des diligences qu'implique l'accomplissement de leur mission. Leur rémunération est arrêtée à l'issue de celle-ci par ordonnance du président du tribunal qui est communiquée au ministère public. La rémunération ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier.

Les recours contre la décision arrêtant la rémunération sont portés devant le premier président de la cour d'appel dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat. »

L'article [L. 611-16](#) alinéa 2 du code de commerce vient préciser qu' « est réputée non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6, les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de ces procédures pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice » (i.e. 75%).

Une étude menée par le président du tribunal de commerce de Nanterre sur six dossiers significatifs montre que les frais de procédure des conciliations concernées se ventilaient comme suit :

- 6% pour le conciliateur ;
- 47% pour les conseils de la société ;
- 47% pour le conseil des tiers

PRECONISATIONS :

Pour le mandat ad hoc :

- La jonction du projet de convention d'honoraires du mandataire ad hoc à la requête en ouverture de procédure est prévue à l'article R.611-47-1 du code de commerce. Inviter les présidents de juridiction à réaliser un entretien avec le dirigeant social lorsque la convention d'honoraires du mandat ad hoc présente des coûts excessifs pour l'entreprise en difficulté ;
- Dans le cas où une commission de succès serait prévue à la convention d'honoraires, il devrait être dans ce cas-là impératif que le plafond fixé contractuellement couvre à la fois l'honoraire au temps passé et la commission de succès. Cette commission devrait être proportionnée par rapport à l'honoraire au temps passé et plafonnée à un pourcentage de celui-ci, 20% paraissant raisonnable. Elle devrait également être fondée sur des critères objectifs : pérennité de l'entreprise et des emplois, qualité de l'accord obtenu (...)

Pour la procédure de conciliation :

- Appliquer les mêmes recommandations que pour le mandat ad hoc,
- Recommander aux juridictions consulaires de prendre en compte l'existence de compétences réelles dans tous les territoires qui ne sont pas nécessairement utilisées ;

Pour les deux procédures :

- Prévoir une information du président (et du ministère public dans le cas de la conciliation) sur tous les frais engagés et prévisionnels dans le cadre de la procédure en indiquant le donneur d'ordre; le tenir informé des augmentations significatives pour tous les intervenants à la procédure.

En cas de renouvellement du mandat ad hoc ou de la conciliation le président doit être particulièrement vigilant sur le montant cumulé des coûts.

- A la clôture de la procédure, un état de frais et honoraires doit être annexé au rapport de fin de procédure proposé à homologation. Cet état doit être accessible aux créanciers ;
- Dans le cas où les établissements bancaires mettent à la charge du débiteur des frais notamment d'avocats ou d'experts-comptables ou financiers, le débiteur doit pouvoir contester le cas échéant ces honoraires par le biais de la procédure de taxation d'honoraires auprès du bâtonnier de l'ordre des avocats compétent, du Président du Conseil Régional de l'Ordre concerné lorsqu'il s'agit d'experts-comptables inscrits à l'Ordre ou d'un juge taxateur pour tous les autres intervenants.

B. Procédures collectives

L'AGS a mis en cause certaines rémunérations arrêtées hors barème par le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel.

La fixation judiciaire de la rémunération est actuellement prévue en considération « *des frais engagés et des diligences accomplies* ». Elle est prévue de la manière suivante⁷ :

- l'administrateur judiciaire (art. R. 663-13 c. com.) :

Lorsque la rémunération totale de l'administrateur judiciaire en application du tarif dépasse 100 000 € hors taxes, la totalité de la rémunération de celui-ci est arrêtée par la cour d'appel (par un magistrat délégué de la cour d'appel à cette fin par le premier président, sur proposition du juge-commissaire) sans référence au tarif.

- le commissaire à l'exécution du plan (art. R. 663-16 c. com.) :

La fixation judiciaire de la rémunération ne porte pas sur la totalité de la rémunération du commissaire à l'exécution du plan mais sur certains postes seulement (perception et répartition des dividendes arrêtés par le plan). Le seuil est fixé à 15 000 € par an et la rémunération est déterminée selon les modalités prévues à l'article R. 663-13 c. com (comme pour l'administrateur judiciaire).

- le mandataire judiciaire (art. R. 663-26 c. com.) :

La fixation judiciaire de la rémunération s'applique uniquement lorsque le mandataire est désigné pour procéder à la répartition des fonds (dans le cas où il y a suffisamment de fonds pour désintéresser les créanciers). Dans ce cas, on applique les règles prévues pour le commissaire à l'exécution du plan (art. R. 663-16 c. com.).

- le liquidateur judiciaire (art. R. 663-31 c. com.) :

Lorsque la rémunération totale du liquidateur dépasse 75 000 €, la totalité de la rémunération est fixée par la cour d'appel. Elle ne peut alors être inférieure à 75 000 €.

⁷ article 7 du décret du 27 décembre 1985 pour la fixation judiciaire de la rémunération de l'administrateur judiciaire et du liquidateur judiciaire

PRECONISATIONS :

- Demander un contrôle du juge-commissaire pour le recours à des intervenants extérieurs à l'ouverture de la procédure tout comme en cours de période d'observation afin d'éviter tout recours systématique à des conseils et praticiens lorsque cela n'est pas indispensable et pour effectuer des prestations qui relèveraient de la mission même des mandataires désignés ;
- Instaurer la communication de bilans annuels des frais de procédures collectives pour faciliter le travail du juge taxateur ;
- Mise en place obligatoire d'un suivi de la rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires, pour chaque procédure collective, par un logiciel agréé par le ministère de la Justice ;
- Faire appliquer la règle qui laisse à la charge du débiteur 75% des frais des créanciers ;
- Prévoir, en cas de dépassement envisagé du seuil de taxation appliquant le barème, l'obligation périodique pour le professionnel de justifier des diligences et frais et de soumettre un état prévisionnel de ses frais au juge-commissaire ;
- Sensibiliser les juridictions commerciales et les parquets commerciaux sur la nécessité de clôturer des liquidations judiciaires les plus anciennes, le cas échéant avec la nomination d'un mandataire ad hoc ayant pour mission de poursuivre les instances en cours. Cette préconisation serait de nature à favoriser la transparence et permettre aux créanciers notamment l'AGS de limiter les délais de remboursement de ses avances⁸.

- Lorsqu'il est fait appel à des conseils extérieurs notamment à l'initiative des créanciers, les mêmes règles que celles recommandées pour la conciliation doivent être appliquées.

⁸ L'article L. 643-9 du code de commerce permet au tribunal de prononcer la clôture de la procédure de liquidation en désignant un mandataire ayant pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir, le cas échéant, les sommes perçues à l'issue de celles-ci.

VI AUTRES POINTS POUR ATTENTION

VI-A Dossiers en liquidation judiciaire au 1^{er} février 2021

Au 1^{er} février 2021, 45.000 dossiers étaient en liquidation judiciaire (source AGS) :

- 33% moins de 2 ans,
- 27% 2 à 5 ans,
- 26% 5 à 10 ans,
- 14% plus de 10 ans.

L'encours du superprivilège pour l'AGS s'élève à 1,89 milliards d'Euros dont une partie seulement sera recouvrable notamment pour les dossiers les plus récents puisque la majorité des AJMJ ont arrêté d'envoyer, en cours de procédure de liquidation, les fonds disponibles à l'AGS.

Un droit pour l'AGS devrait être reconnu pour récupérer les fonds disponibles sous réserve bien évidemment de ne pas compromettre la capacité à sauver des emplois ou à récupérer des fonds, ni le paiement des frais de procédure. Ceci est en ligne avec l'arrêté de 18 juillet 2018 portant approbation des règles professionnelles établies par le CNAJMJ qui prévoit que « *le professionnel doit, dès qu'il en a la possibilité, et à tout moment de la procédure, procéder à des répartitions de fonds au moins partielles* ».

Il conviendrait également comme cela a été dit plus haut de sensibiliser les juridictions commerciales et les parquets commerciaux sur la nécessité de clôturer des liquidations judiciaires les plus anciennes, le cas échéant avec la nomination d'un mandataire ad hoc ayant pour mission de poursuivre les instances en cours. Il faut noter qu'au terme de l'article L.643-9 du code de commerce : « *... tout créancier, à l'expiration d'un délai de deux ans, à compter du jugement de la liquidation, peut saisir le tribunal aux fins de clôture de la procédure.* »

VI-B Dossiers en litige entre les AJMJ et l'AGS

L'AGS ayant mis un terme aux retours de fonds vers les AJMJ qui leur avaient versé les sommes disponibles, retours permettant en particulier de régler les frais de procédures, il est souhaitable de clôturer rapidement ces dossiers en ayant recours à des médiateurs désignés par les cours d'appel. Cela évitera de faire perdurer les tensions AGS – AJMJ, également de rémunérer les avocats qui ont arrêté de travailler faute d'être réglés et qui sont en charge de procédures qui peuvent permettre de gagner des procédures en cours au profit des créanciers, et notamment de l'AGS.

VI-C Contrôle des pratiques professionnelles des AJMJ

Les dissensions apparues entre deux acteurs majeurs des procédures collectives ont mis en lumière, non seulement la nécessité d'encadrer les frais de procédure qui peuvent obérer les chances de redressement du débiteur et la préservation de l'emploi, mais aussi de moderniser le contrôle de l'exercice professionnel des AJMJ.

Les AJMJ doivent suivre des règles professionnelles qui ont valeur réglementaire et sont soumis à de multiples contrôles.

Les AJMJ doivent en effet se soumettre à des auto-contrôles périodiques et occasionnels sur leur conduite professionnelle et à des inspections par le ministère public. Ils sont également contrôlés sur le plan comptable par les commissaires aux comptes et par le juge-commissaire et le magistrat taxateur sur leurs rémunérations lors de l'exercice de leurs missions.

La profession se montre extrêmement volontaire pour répondre à ses obligations de contrôle et a proposé récemment une communication systématique des résultats de leurs auto-contrôles au ministère public et au Garde des sceaux.

Toutefois, quel que soit l'engagement de la profession pour s'assurer du bon exercice de la mission, il serait opportun que le CNAJMJ engage avec la Chancellerie dans le cadre des réformes en cours, une réflexion sur une modification de leur organisation des contrôles en envisageant l'introduction de contrôles indépendants. Cette nouvelle organisation des contrôles serait facteur de modernisation de la profession, à l'instar d'autres professions réglementées.

VI-D Rôle de l'Etat

Dans les différentes procédures, amiables ou collectives, l'Etat peut être sollicité soit comme créancier, soit comme contrôleur, soit enfin comme facilitateur pour trouver des solutions.

Dans tous ces cas de figure, il est essentiel que l'Etat subordonne son intervention à la connaissance complète de l'ensemble des frais de procédures déjà engagés ou à venir.

VI-E Se préparer à une augmentation de volume des défaillances de TPE/PME

La crise sanitaire que connaît la France comme nombre de pays a des répercussions sur le niveau d'endettement des entreprises dont les fonds propres et le niveau de reprise d'activité sont insuffisants pour honorer les échéances de remboursement.

Les entreprises demeurent réticentes pour s'orienter vers une solution de redressement judiciaire compte tenu de la publicité qui entoure cette procédure et de la crainte d'une cession à un tiers, qui intervient si la société n'est pas en mesure de démontrer sa capacité de présenter un plan de continuation.

Afin de répondre à ces craintes tout en préservant les objectifs d'ordre public du droit des procédures collectives, il est proposé d'instaurer une procédure de redressement judiciaire simplifiée qui serait brève (trois mois), permettrait d'établir un plan de redressement à partir du passif comptable, sans déclaration de créances et sans de plan de cession. Ce redressement permettrait également des renégociations sur des contrats cruciaux pour l'entreprise (comme le crédit-bail par exemple).

Cette procédure se déroulerait sous le contrôle du juge-commissaire et serait conduite avec l'assistance des administrateurs judiciaires et des experts comptables.

En cas d'échec, elle serait convertie en redressement judiciaire classique.

Cette proposition serait destinée aux TPE et PME (dont le seuil restera à définir) qui n'auraient pas déposé le bilan sans la crise COVID, qui ont gardé des fondamentaux solides et qui ne sont pas confrontées à la nécessité de procéder à des licenciements ou à des besoins d'avances AGS.

En termes de volumes de dossiers à traiter, les administrateurs devraient pouvoir absorber le surcroît d'activité entraîné par l'instauration de cette procédure.

VI F - Points d'attention

Suivre les évolutions européennes qui pourraient avoir des conséquences sur le rang des créances salariales et de leur recouvrement.

Evaluer l'impact de la réforme visant à simplifier le droit des sûretés sur le fonctionnement des procédures collectives, en allant au-delà d'une simple coordination des textes.

ANNEXES

1. Equipe intervenant sur le dossier
2. Réunion de lancement
3. Auditions avec l'équipe
4. Entretiens
5. Proposition pour une réflexion de place à ouvrir
6. Observations du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires
7. Observations de l'AGS

ANNEXE 1

Equipe intervenant sur le dossier

Nadine Stern	Magistrate - Inspectrice de la justice
Cécile Viton	Maître des requêtes en service extraordinaire, Conseil d'Etat
Xavier Clemence	Rapporteur au Comité Interministériel de Restructuration Industrielle (CIRI) Magistrat judiciaire en détachement
Philippe Steing	Associé de Ricol Lasteyrie Conseil et ancien magistrat

ANNEXE 2

Réunion de lancement

16/03/2021- Réunion de lancement – Cabinet du Premier ministre

Marc Ferracci	Conseiller auprès du directeur de cabinet, en charge du Suivi des mesures de relance et de soutien à l'activité
Thibault Guyon	Conseiller Économie, Finances, Industrie (chef de pôle)
Stéphane Hardouin	Conseiller Justice (chef de pôle)
Amélie Rodrigues	Conseillère technique Justice
Florence Sautejeau	Conseillère Travail, Emploi (cheffe de pôle)
Nathanaël Mason-Schuler	Conseiller technique Financement de l'économie et Investissements

ANNEXE 3

Auditions avec l'équipe

15/03/2021

- **Christian Nibourel** Président du Conseil d'Administration de l'AGS
Houria Aouimeur Directrice générale de l'AGS

18/03/2021

- **Sonia Arrouas** Présidente de la Conférence générale des juges consulaires de France du tribunal de commerce d'Evry
Yves Lelievre – Ancien président de la conférence générale des juges consulaires. Médiateur national délégué des entreprises – Médiateur agréé par la cour d'appel de Paris
- **Christophe Basse** Président - CNAJMJ
Frédéric Abitbol Vice-Président CNAJMJ
Alain Damais Directeur Général CNAJMJ

22/03/2021

- **Christian Nibourel** Président du Conseil d'Administration de l'AGS
Houria Aouimeur Directrice générale de l'AGS
Franck Morel Avocat associé – Cabinet Flichy Grangé Avocats
Charles Croze Avocat associé – Cabinet Carnot Avocats

23/03/202

- **Maya Atig** Directrice générale FBF
Solenne Lepage Directrice générale adjointe FBF
Jérôme Pedrizzetti Directeur juridique et conformité FBF

30/03/2021

- **Jacques Fineschi** Président du Tribunal de Commerce de Nanterre
- **Louis Martin** Ancien Président de la chambre de sauvegarde et délégué général aux procédures collectives
- **Paul-Louis Netter** Président du Tribunal de Commerce de Paris
- **Thierry Gardon** Président du Tribunal de Commerce de Lyon

ANNEXE 4

Entretiens

- **Abergel** Alain Expert judiciaire auprès de la Cour Administrative d'Appel de Paris
Président de la Compagnie Nationale des Experts en Activités Commerciales et Techniques (CNEACT)
- **Atig** Maya Directrice Générale de la Fédération Bancaire Française
- **Basse** Christophe Président du Conseil National des AJMJ
- **Bauland** Eric Administrateur Judiciaire – BCM
- **Bonnin** Philippe Directeur Général de Sémaphores
- **Bourbouloux** Hélène Administrateur Judiciaire – FHB
- **Brassac** Philippe Président de la Fédération Bancaire Française
- **Caramalli** Delphine Avocate
- **Canesi** Lionel Président du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables
- **Ferracci** Pierre Président du Groupe Alpha
- **Grau** Romain Député LREM de la 1ère circonscription des Pyrénées-Orientales
Membre de la commission des finances de l'Assemblée Nationale
Missions parlementaires :
Président de la Mission d'information commune sur les entreprises en difficulté du fait de la crise sanitaire
- **Guyon** Thibault Conseiller Economie, Finances, Industrie (Chef de pôle) au cabinet du Premier ministre
- **Kling** Didier Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris Ile-de-France
- **Lelievre** Yves Ancien Président de la Conférence Générale des Juges Consulaires.
Médiateur agréé par la cour d'appel de Paris
- **Lemierre** Jean Président du Conseil d'Administration de BNP PARIBAS
- **Léon** Marylise Secrétaire Générale adjointe - CFDT
- **Margueritte** Louis Directeur de Cabinet de Monsieur Alain Griset
Ancien Secrétaire Général du CIRI
- **Martin** Patrick Président Délégué du MEDEF
- **Mercier** Jean-Luc Administrateur judiciaire - AJC
-
-
-
- **Montgolfier de** Jean-François Directeur des affaires civiles et du sceau - Ministère de la Justice
- **Morel** Franck Avocat Associé - Cabinet Flichy Grangé Avocats

- **Morot-Videlaine** France Directrice Générale Adjointe de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris Ile-de-France
- **Moulin** Emmanuel Directeur Général du Trésor
- **Nibourel** Christian Président d'AGS, Association de Garantie des Salaires,
- **Ollivier** Yannick Président de la Compagnie National des Commissaires aux Comptes
- **Peyrelevade** Jean
- **Picard** Maurice Ancien Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires
- **Poinsard** Thibaud Mandataire judiciaire - MP Associés secrétaire de l'IFPPC (Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives)
- **Puy** Patrick Président de Vivarté
- **Retailleau** Bruno Sénateur LR de Vendée
- **Revel** Nicolas Directeur de Cabinet du Premier Ministre
- **Rossi** Patrick Sous-Directeur du Droit Économique Direction des Affaires Civiles et du Sceau - Ministère de la justice
- **Roux de Bézieux** Geoffroy Président du MEDEF
- **Senechal** Marc Président d'honneur du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires
- **Soogrim** Aruna Responsable de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté (OCED) de la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France
- **Thévenot** Christophe Ancien Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires
- **Vatier** Bernard Ancien Bâtonnier du Barreau de Paris

ANNEXE 5

Proposition pour une réflexion de place à ouvrir

Afin de clarifier le droit existant, notamment la notion de fonds disponible et introduire un arbitre dans les contestations pouvant naître entre un mandataire judiciaire et l'AGS à l'occasion d'une demande d'avance des fonds, une modification législative pourrait être effectuée. Deux propositions alternatives de modification de l'article L.3253-20 du code du travail peuvent être dégagées :

Option A : le visa par le juge-commissaire de l'appel en garantie

L'alinéa 1 de l'article 3253-30 du code du travail serait modifié ainsi : « Si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus par l'article L. 3253-19, le mandataire judiciaire demande, sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires aux institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14. L'article 625-1 du code de commerce dispose déjà que les relevés de créances salariales seront visés par le juge-commissaire. Une nouvelle rédaction pourrait être : « La demande est visée par le juge-commissaire qui peut demander des informations complémentaires auprès du mandataire judiciaire, notamment sur sollicitation de l'AGS. »

Cette option permet d'introduire un contrôle du juge-commissaire qui viserait la demande d'appel en garantie du mandataire judiciaire, attestant ainsi que les créances salariales ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles. La demande d'appel en garantie ne reposerait plus sur le seul mandataire judiciaire qui aurait besoin du visa du juge-commissaire. Ce type de visa se retrouve déjà dans l'article L. 625-1 du code de commerce qui prévoit que les relevés de créances salariales établis par le mandataire judiciaire sont visés par le juge-commissaire.

Une autre possibilité de modification législative peut être proposée qui ne concernerait que le code de commerce :

L'article L. 625-1 du code de commerce pourrait être modifié par l'insertion d'un deuxième alinéa ainsi rédigé :

« En cas de demande d'avance des fonds nécessaires au paiement des créances figurant sur ces relevés en application de l'article L. 3253-20 du code du travail, la demande est également visée par le juge-commissaire. ».

Le juge-commissaire pourra solliciter à cette occasion toute information complémentaire auprès du mandataire judiciaire sur la réalité de l'absence de fonds disponibles. Cette possibilité découle directement de sa mission générale, inscrite à l'article L. 621-9 du code de commerce, de « veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence ».

Il pourrait être envisagé de rattacher ces modifications à l'habilitation à réformer le droit des sûretés, en application du 15° de l'article 60 de la loi PACTE qui prévoit d'« aménager et modifier toute dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées an application » des mesures inscrites dans cette réforme. Or, ces modifications apparaissent nécessaires pour pouvoir apprécier quelles sont les créances garanties par l'AGS, ainsi que leurs modalités

de détermination, créances appelées à être ensuite remboursées dans les conditions prévues par le livre VI du code de commerce. Il s'agit d'une modification naturellement induite par le 14° de l'article 60 de la loi PACTE qui prévoit de « simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives ».

Option B : l'ouverture d'un recours devant le juge-commissaire

L'article 3253-30 du code du travail alinéa 1 serait modifié ainsi : « Si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus par l'article L. 3253-19, le mandataire judiciaire demande, sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires aux institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14. Ces institutions de garantie peuvent solliciter des informations complémentaires auprès du juge-commissaire et peuvent contester, dans un délai déterminé par décret en Conseil d'Etat, la réalité de cette insuffisance devant le juge-commissaire. Dans ce cas, l'avance des fonds est soumise à l'autorisation du juge-commissaire. »

La procédure serait moins fluide mais le juge-commissaire pourrait arbitrer les éventuelles contestations entre mandataire judiciaire et l'AGS.

Point d'attention :

Si des modifications législatives impliquaient des modifications du code du travail, il serait nécessaire de vérifier qu'elles peuvent bien intervenir dans le cadre de l'adoption des ordonnances de transposition de la directive ou de l'ordonnance sûretés. Par ailleurs pour une réforme du code du travail, il faut en principe une consultation des organisations professionnelles (article L1 du code du travail).

Pour autant, et avant toute modification législative, rien ne s'oppose à ce que ce dispositif fonctionne au titre des bonnes pratiques.

ANNEXE 6

Observations du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires



Le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires remercie Monsieur René Ricol pour son Rapport qui fait suite à de stimulants échanges.

Il redit son attachement à la pérennité du système de garantie et de prise en charge des créances des salaires institué en 1973 lors la création de l'AGS.

Ce système est un amortisseur social essentiel pour le bon fonctionnement des procédures collectives que les AJMJ ont pour mission de conduire aux termes du mandat de justice qui leur est octroyé sous le contrôle du Juge.

A l'invitation de Monsieur René Ricol, le Conseil national formule les observations suivantes concernant les conclusions de la mission AGS / AJMJ.

1. Réforme du droit des sûretés et des rangs de créanciers.

Le CNAJMJ prend acte des préconisations du Rapport concernant l'avant-projet d'ordonnance de la Chancellerie et, en particulier, de la suggestion de sanctuariser à droit constant des solutions éprouvées, même s'il est regrettable que le Rapport abandonne la clarification utile qui était portée par cet avant-projet.

Le souhait de préserver, en toute procédure collective (sauvegarde, redressement et liquidation), la possibilité d'un paiement à l'échéance des frais de justice postérieurs et, en particulier, des sommes dues aux AJMJ - même si leur règlement intervient pratiquement au terme de la procédure ainsi que le relève finement le Rapport -, suscite l'approbation du CNAJMJ.

A ce titre, la réserve proposée relative aux dispositions de l'article L. 641-13 du code de commerce, en tête du projet de nouvel article L. 643-8 du même code, est pleinement justifiée.

L'ensemble des frais de justice et de procédure nécessaires au bon déroulement de la procédure collective doivent en effet être payés à l'échéance, avant toute autre créance, privilégiée ou superprivilégiée.

Ainsi que le relève le Rapport (p. 15), ces frais comprennent bien l'ensemble des rémunérations des professionnels dont le concours peut s'avérer nécessaire au déroulement de la procédure, notamment « *les sommes dues aux AJMJ au titre de leur rémunération, les frais et débours, la rémunération des auxiliaires de justice, celle des experts désignés par le tribunal et celle des techniciens désignés par le juge-commissaire* ». Il en a en effet toujours été ainsi en application des actuels articles L. 622-17 I et L. 641-13 I du code de commerce.

La sécurité juridique commande toutefois, dans le but d'éviter toute interprétation erronée, de compléter la proposition du Rapport par une suppression de la mention des « *frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure* », au II des articles L. 622.17 et L. 641-13. A défaut d'une suppression, une précision pourrait être apportée au II de ces deux articles,

comme suit : « *des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure autres que ceux visés au I du présent article...* » (ajout souligné).

La catégorie des frais de justice visés au II des articles L. 622.17 et L. 641-13 semble dépourvue de toute portée pratique. En effet, l'ensemble des frais de justice aura dû être payé à l'échéance - et ce quand bien même cette échéance serait le terme de la procédure s'agissant des AJMJ – ou, ainsi que le relève justement le Rapport (p. 15 *in fine*), par distraction s'il s'agit de frais et dépens de réalisation des actifs (actuel article L. 643-8).

2. Conditions de mise en œuvre de la garantie AGS

Le Conseil national prend bonne note de la distinction essentielle en droit positif rappelée par le Rapport entre la procédure de sauvegarde, d'une part, et les procédures de redressement et liquidation, d'autre part.

En sauvegarde, l'AGS dispose en effet d'un droit de regard sur la caractérisation de l'absence de fonds disponibles qui lui est conféré par un texte spécial en l'absence de cessation des paiements constatée par le tribunal ; l'article L. 3253-20 alinéa 2 du Code du travail impose au mandataire judiciaire « *dans le cas d'une procédure de sauvegarde* » de justifier à l'AGS, lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée.

Dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, et parce que « *le contrôle de la réalité de la cessation des paiements a déjà été réalisé en amont par le tribunal* », c'est le mandataire judiciaire seul « *qui appréciera l'état de la trésorerie de l'entreprise et des fonds disponibles pour faire, le cas échéant, appel à l'AGS* » (p. 11), en l'absence ici de texte spécial. Conformément aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 3253-20, il « *demande sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires* » qu'il doit alors obtenir aussitôt (le texte emploie pour cette raison le présent de l'indicatif).

Il revient au mandataire de conserver seul la capacité d'estimer s'il existe des fonds disponibles pour le paiement des créances salariales, avec pour unique obligation de présenter un relevé des créances salariales à l'AGS comportant les mentions prévues par la loi (R 625-2), visé par le juge-commissaire.

Le Conseil national s'étonne à cet égard de la préconisation du Rapport aux termes de laquelle l'AGS « *peut élargir son spectre d'interventions chaque fois que cela lui paraîtrait nécessaire* » (p. 12) qui ne repose sur aucun fondement légal. Son caractère arbitraire est un vecteur d'insécurité juridique et d'alourdissement des procédures, préjudiciable aux salariés en attente de leur règlement.

La proposition d'émailler les procédures par des recours systématiques au juge-commissaire ou au parquet ne peut qu'être facteur de complexité et d'isolement de la France par rapport aux Etats membres invités par la directive sur l'insolvabilité qu'il s'agit de transposer à accélérer le cours de procédures.

3. Pistes de réflexion pour l'avenir

Le Conseil national a pris connaissance avec intérêt des pistes de réflexion évoquées par le Rapport à un horizon plus lointain et ne doute pas que leur rédaction ait été, comme l'ensemble du Rapport, empreinte d'une recherche d'équilibre.

A plusieurs égards néanmoins il apparaît que cet équilibre n'est pas atteint. Le Conseil national engagera bien sûr la discussion avec le législateur et l'ensemble des parties prenantes en vue de réformes pragmatiques, loyales et efficaces, ainsi qu'il l'a toujours fait.

ANNEXE 7

Observations de l'AGS



Paris, le 15 avril 2021

Monsieur le Président,

Vous nous avez transmis les conclusions relatives à la mission qui vous a été confiée par le Premier ministre.

Nous tenons tout d'abord à vous remercier de la cordialité de nos échanges, de la qualité de votre écoute, et des efforts entrepris par votre mission, malgré un calendrier contraint, afin d'identifier les problématiques rencontrées par certains acteurs du droit des entreprises en difficulté en vue d'éclairer le Gouvernement à l'occasion de la transposition de la directive européenne « restructuration et insolvabilité » du 20 juin 2019.

Nous sommes en particulier sensibles à votre proposition de remettre le projet d'ordonnance « à droit constant » ainsi qu'aux souhaits que vous formulez d'une plus grande transparence des procédures de fixation des frais de justice et d'un renforcement des mesures de contrôle.

Nous souscrivons à cette manière de voir, d'autant qu'à notre sens, une modification substantielle de l'ordre normatif, se traduisant par exemple par un changement de rang du superprivilège des salariés, poserait probablement de sérieux obstacles constitutionnels.

Dans ces conditions, nous pouvons vous donner notre approbation sous réserve bien entendu que l'esprit de votre rapport soit intégralement mis en œuvre, dans les faits, par ceux qui auront compétence pour régler ces questions.

Il nous semble ainsi nécessaire de préciser les points suivants :

- dès lors que l'on resterait à droit constant, tout ajout à l'article L.643-8 du code de commerce ne peut ouvrir à un dévoiement sur lequel l'AGS sera très vigilante. C'est un point essentiel,
- il est primordial de garantir une gestion efficace et réaliste du principe de subsidiarité. Chaque fois qu'il est sollicité, notre régime est tenu de vérifier le respect de l'ensemble des conditions légales de mise en jeu de sa garantie qu'il est fondé à ne pas accorder si ces conditions ne sont pas réunies,
- il est essentiel de garantir la pleine effectivité des mesures de contrôle. Pour l'essentiel, de nombreux mécanismes existent déjà qui ne sont pas ou pas assez effectifs,



Délégation Unédic AGS • Direction nationale
37 rue du rocher • 75008 Paris • Tél. : 01.55.50.23.00 • Fax : 01.56.02.65.56
ags-dn@delegation-ags.fr
www.ags-garantie-salaires.com

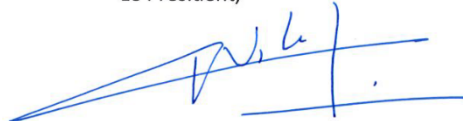


- il ne faut pas revenir à une pratique dite des « restitutions », dépourvue de base légale, à laquelle le conseil d'administration de l'AGS a mis fin le 1^{er} septembre 2019, consistant à solliciter des fonds destinés à garantir des créances salariales pour procéder au règlement des honoraires de certains mandataires judiciaires, avocats et experts et, qui posait pour le moins, des problèmes de responsabilité évidents du régime.

En tout état de cause, au préalable, une réforme plus globale reste impérative concernant le sujet essentiel pointé dans le rapport sur l'absence de transparence, l'explosion des frais de justice, la multiplication des procédures dites « amiables » qui mettent en péril le sauvetage des emplois et l'équilibre financier de l'AGS.

Ce n'est qu'à ces conditions que les propositions que vous faites seront acceptables par l'AGS.

Le Président,



Christian Nibourel